



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 355 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cofely Italia S.p.A., Manitalidea S.p.A., rappresentate e difese dall'avv. Vincenzo Di Baldassarre, con domicilio eletto presso Vincenzo Di Baldassarre in Pescara, via Venezia,25;

***contro***

Asl n. 3 di Pescara, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Marchese, con domicilio eletto presso Tommaso Marchese in Pescara, via Misticoni, 7;

***nei confronti di***

Cns - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Giulio Cerceo in Pescara, via G. D'Annunzio 142; Omnia Servitia S.r.l.;

***e con l'intervento di***

ad opponendum:

Siram Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Becchi, Loredana Grillo, con domicilio eletto presso Stefano Corsi in Pescara, via G. D'Annunzio, 142;

sul ricorso numero di registro generale 375 del 2013, proposto da:

Siram S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Loredana Grillo, Bruno Becchi, con domicilio eletto presso Stefano Corsi in Pescara, via G. D'Annunzio, 142;

***contro***

Asl N. 3 di Pescara, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Marchese, con domicilio eletto presso Tommaso Marchese in Pescara, via Misticoni, 7;

***nei confronti di***

Cns - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, con domicilio eletto presso Giulio Cerceo in Pescara, via G. D'Annunzio 142;

***per l'annullamento***

quanto al ricorso n. 355 del 2013:

del verbale n. 10 del 22 giugno 2013 con il quale la Commissione Giudicatrice, della gara d'appalto indetta dalla ASL di Pescara per l'affidamento del Servizio Globale dell'energia ed altri servizi edili ed impiantistici con annessi lavori complementari a servizio degli edifici di competenza della ASL di Pescara, avrebbe concluso il sub-procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse; della nota prot. n. 1788/G.P. del 24 luglio 2013 con la quale il Presidente della Commissione Gare-Ufficio Gestione della ASL di Pescara ha comunicato la sospensione della procedura di gara; del Verbale di Gara del 23 luglio 2013 con il quale la Commissione ha disposto di non aggiudicare l'appalto e sospendere la procedura di gara; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale; nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno..

quanto al ricorso n. 375 del 2013:

della Determina n. 232 del 9 settembre 2013 con la quale il Dirigente dell'Ufficio Gestione Patrimonio dell'Azienda Sanitaria Locale di Pescara ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del "Servizio di gestione globale dell'energia ed altri servizi edili ed impiantistici con annessi lavori complementari a servizio degli edifici dell'ASL di Pescara"; del verbale di gara del 23 luglio 2013 e della nota prot. 1787 del 24 luglio 2013; dei verbali di gara n. 8 del 30.06.2013, n. 6 del 20.04.2013, n. 7 del 17.05.2013, n. 9 del 13.06.2013 e n. 10 del 22.06.2013; delle note prot. 1003 del 23.04.2014 e 2059 del 04.09.2013; nonché degli atti presupposti, connessi e conseguenti..

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl n. 3 di Pescara e del Cns - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Visto il ricorso incidentale proposto da C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2013 il dott. Massimiliano Ballorini e uditi per le parti l'avv. Vincenzo Di Baldassarre e l'avv. Loredana Grillo per le parti ricorrenti, l'avv. Tommaso Marchese per la ASL resistente, l'avv. Angelo Clarizia per la società CNS controinteressata e ricorrente incidentale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.- Con delibera n.660 del 24 maggio 2011, l'Asl di Pescara ha bandito una gara, da affidarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex articolo 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento del servizio di gestione globale dell'energia ed altri servizi edili ed impiantistici con annessi lavori complementari a servizio degli edifici dell'Asl medesima, per la durata di 5 anni e per un importo complessivo a base d'asta di euro 44.650.000 più iva.

2.- Con il ricorso n. 355 del 2013, notificato il 9 agosto 2013 e depositato il 21 agosto 2013, la Cofely spa ha impugnato la nota del presidente della commissione di gara della Asl con cui è stato comunicato il contenuto del verbale della commissione medesima del 23 luglio 2013, con il quale si è concluso il sub procedimento di verifica delle offerte risultate anormalmente basse con esclusione per anomalia della prima (costituendo RTI Cofely Italia spa) e della seconda concorrente (costituendo RTI Siram spa), che avevano riportato i punteggi più alti, decidendosi così di non provvedere all'aggiudicazione in via provvisoria dell'appalto e di sospendere la procedura in attesa di acquisire il preventivo da parte dell'aggiudicatario della convenzione Consip (risultato peraltro essere il medesimo consorzio CNS soc. coop., controinteressato e classificato terzo in graduatoria nella gara in questione).

La ricorrente ha altresì chiesto la condanna dell'Amministrazione al risarcimento per equivalente pecuniario "*nella misura di legge o che parrà di giustizia, nell'eventualità in cui non fosse possibile ottenere la reintegrazione in forma specifica*".

La medesima poi ha chiesto in via istruttoria la produzione di tutti gli atti e verbali di gara.

Con motivi aggiunti notificati a mano il 27 settembre 2013 e depositati il 2 ottobre 2013, la medesima ricorrente ha impugnato la determina n. 232 del 2013 con la quale il responsabile del procedimento dell'Asl di Pescara, al temine del giudizio di anomalia dell'offerta, ha disposto la formale esclusione dell'ati di cui è mandataria.

Con atto notificato il 2 ottobre 2013 e depositato l'8 ottobre 2013, è intervenuta in giudizio la Siram spa, chiedendo la conferma del provvedimento di esclusione della ricorrente, che la precedeva in termini di punteggio; nonché chiedendo, in via istruttoria, la produzione di tutti gli atti della procedura di gara compresi quelli riguardanti il sub-procedimento di anomalia.

Con ricorso incidentale notificato il 29 ottobre 2013 e depositato il 5 novembre 2013, la controinteressata CNS Consorzio nazionale servizi soc. coop. ha impugnato tutti gli atti della procedura di gara nella parte in cui hanno consentito la partecipazione della ricorrente, denunciando che la medesima non avrebbe potuto essere ammessa.

In particolare, il disciplinare di gara al punto 3.1.3 lett c.4) ha previsto come requisito di capacità economica e finanziaria il fatturato medio annuo degli ultimi esercizi approvati, relativo a servizi di gestione integrata e conduzione di impianti tecnologici, non inferiore a 10 milioni di euro; e al punto 3.1.4, lett. d.1) e d3), ha previsto come requisito di capacità tecnico-professionale il possesso, negli ultimi tre esercizi approvati, di almeno due servizi analoghi a quelli oggetto di gara per un importo complessivo non inferiore a quello annuale a base di gara, nonché il possesso di un'attestazione SOA per la categoria OG1 classe V ed OG11 classe V.

In ordine ai requisiti di cui ai punti 3.1.3 lett c.4) e 3.1.4, lett. d.1) la società Manitalidea, mandante dell'Ati, ha stipulato un contratto di avvalimento con la mandataria Cofely; con riguardo ai requisiti di cui punto 3.1.4, lett. d3), la medesima ha stipulato un contratto di avvalimento con la società Sarma s.r.l..

Ciò premesso, ambedue i contratti sarebbero generici e privi dell'indicazione delle risorse che l'ausiliario si obbliga a mettere a disposizione dell'offerente per il caso di aggiudicazione.

Con il ricorso incidentale è stata proposta altresì istanza di accesso ex articolo 116 c.p.a. all'offerta presentata da Cofely spa ed alle giustificazioni dalla medesima fornite in sede di sub-procedimento di anomalia, impugnandosi a tal fine il parziale diniego, atteso che sull'istanza di accesso procedimentale presentata in data 26 agosto 2013, l'Amministrazione si è pronunciata solo con atto del 15 ottobre 2013 del RUP, il quale ha consentito l'accesso alla sola documentazione amministrativa, mentre per quanto riguarda l'offerta e le giustificazioni ha ritenuto "*non superabile il divieto di cui all'articolo 13 comma 2 lettere c) e c-bis) del d.lgs. n. 163 del 2006*".

3.- Con il ricorso n. 375 del 2013, notificato il 26 settembre 2013 e depositato il 4 ottobre 2013, la Siram spa ha impugnato la determina n. 232 del 2013 con la quale il responsabile del procedimento dell'Asl di Pescara, al temine del giudizio di anomalia dell'offerta, ha disposto la formale esclusione dell'ati di cui la medesima è mandataria.

Con motivi aggiunti notificati il 7 novembre 2013 e depositati l'8 novembre successivo, la ricorrente ha integrato i motivi della propria impugnazione avverso il medesimo provvedimento.

Sia con il ricorso introduttivo che con i motivi aggiunti è stata proposta, in via subordinata, domanda di risarcimento danni per equivalente da rapportarsi al mancato utile nella misura del 10% dell'importo offerto, in relazione al periodo di mancato affidamento.

Con ricorso incidentale notificato il 29 ottobre 2013 e depositato il 5 novembre 2013, la controinteressata CNS Consorzio nazionale servizi soc. coop. ha impugnato tutti gli atti della procedura di gara nella parte in cui hanno consentito la partecipazione della ricorrente, denunciando che la medesima non avrebbe potuto essere ammessa.

In particolare, il disciplinare di gara al punto 3.1.4 ha previsto come requisito di capacità tecnico-professionale il possesso, tra l'altro, di un'attestazione SOA per la categoria OG1 classe V ed OG11 classe V.

La Siram nella propria offerta ha dichiarato di possedere per le citate categorie un'attestazione di classe VIII.

Ciò, nonostante la circostanza che, con atto del 28 dicembre 2012, la medesima Siram avrebbe ceduto ad altra impresa il ramo d'azienda comprensivo, tra l'altro, anche del diritto di utilizzare le citate certificazioni dei requisiti di qualificazione.

La stipula di tale contratto avrebbe fatto venir meno, inoltre, in capo all'alienante, anche gli altri requisiti speciali di qualificazione (ed in particolare quelli di cui ai punti 3.1.2, 3.1.3 e 3.1.4 del disciplinare), oltre alla capacità di eseguire l'appalto per quelle opere e servizi cui sono funzionali i beni aziendali ceduti (cfr. pag. 4 del ricorso incidentale).

Con il ricorso incidentale è stata proposta altresì istanza di accesso ex articolo 116 c.p.a. all'offerta presentata da Siram spa ed alle giustificazioni dalla medesima fornite in sede di sub-procedimento di anomalia, impugnandosi a tal fine il parziale diniego, atteso che sull'istanza di accesso procedimentale presentata in data 26 agosto 2013, l'Amministrazione si è pronunciata solo con atto del 15 ottobre 2013 del RUP, il quale ha consentito l'accesso alla sola documentazione amministrativa, mentre per quanto riguarda l'offerta e le giustificazioni ha ritenuto "*non superabile il divieto di cui all'articolo 13 comma 2 lettere c) e c-bis) del d.lgs. n. 163 del 2006*".

All'udienza del 5 dicembre 2013 le cause sono passate in decisione.

#### DIRITTO

4.- Preliminarmente il Collegio rileva che, stante l'evidente connessione oggettiva ed oggettiva tra i ricorsi in epigrafe, i medesimi possono essere riuniti ai fini della decisione.

4.1.- I ricorsi incidentali, avendo natura ed effetto escludente devono essere esaminati prioritariamente.

Nel caso di specie, difatti, non si verte in ipotesi analoga a quella esaminata da Corte di Giustizia Ue, con la nota sentenza del 4 luglio 2013 (sez. X nella causa C 100/12), atteso che le ricorrenti principali non fanno valere alcun interesse strumentale alla rinnovazione della gara (né peraltro propongono a loro volta censure escludenti nei confronti della ricorrente incidentale), ma solo all'aggiudicazione in loro favore, previo annullamento del provvedimento di esclusione per anomalia delle offerte.

Quindi l'analisi prioritaria del ricorso incidentale rispetto a quello principale non altera la parità di trattamento tra le parti, perché non favorisce la posizione della ricorrente incidentale, ma risponde solo ad un principio di economia processuale; atteso che il risultato sarebbe comunque lo stesso pur invertendo l'ordine delle questioni.

4.1.1.- Ciò premesso, occorre farsi carico delle eccezioni di tardività dei ricorsi incidentali.

Il termine per proporre il ricorso incidentale, ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a. - nel testo conseguente al primo correttivo al Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 ed entrato in vigore l'8 dicembre 2011 - è di trenta giorni, come per il ricorso principale e per i motivi aggiunti.

Inoltre, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine per la proposizione del ricorso incidentale occorre fare riferimento, nel silenzio dell'art. 120 c.p.a., al precedente art. 42, che disciplina appunto il ricorso incidentale nel rito ordinario e che, al comma 1, prevede che "*il ricorso si propone nel termine ..... decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale*" (cfr. Tar Roma sentenza n. 6072 del 2012).

Nel caso di specie, il ricorso n. 355 del 2013 è stato notificato il 9 agosto 2013 e depositato il 21 agosto 2013 ed il relativo ricorso incidentale è stato notificato il 29 ottobre 2013 e depositato il 5 novembre 2013.

Il medesimo sarebbe pertanto tardivo in quanto proposto oltre il termine di 30 giorni dalla notifica di quello principale, pur considerando il periodo di sospensione feriale.

Pur tuttavia, il consorzio CNS ha esposto, senza contestazioni in punto di fatto, di aver proposto istanza di accesso

procedimentale agli atti di gara in data 26 agosto 2013, e che su di essa l'Amministrazione si è pronunciata solo con atto del 15 ottobre 2013 del RUP, il quale ha consentito l'accesso alla sola documentazione amministrativa, mentre per quanto riguarda l'offerta e le giustificazioni ha ritenuto *“non superabile il divieto di cui all'articolo 13 comma 2 lettere c) e c-bis) del d.lgs. n. 163 del 2006”*.

Quindi, tra il momento in cui al ricorrente incidentale ha potuto accedere agli atti necessari per proporre le censure esposte e la notifica del ricorso incidentale sono passati poco meno di 15 giorni.

A tal proposito, il Collegio osserva che il principio secondo cui la proposizione dell'istanza di accesso agli atti non ha valore sospensivo dei termini per la proposizione del ricorso, deve trovare necessariamente un temperamento nel caso di procedure particolarmente complesse, nelle quale l'ostensione dei documenti diviene fondamentale per proporre in modo compiuto i motivi di ricorso (cfr. T.A.R. Bologna sentenza 7 giugno 2007 n. 838 ; T.A.R. Milano sentenza 18 gennaio 2006 n. 105).

Del resto, proprio in tema di appalti pubblici, specie se particolarmente complessi nella procedura, l'esigenza di celerità, che dovrebbe imporre la proposizione di cd. ricorsi al buio in difetto dell'ostensione degli atti necessari per avere piena contezza di eventuali illegittimità, sarebbe comunque vanificata dalla necessità di disporre continui rinvii per la proposizione di motivi aggiunti, successivamente all'accesso agli atti; ciò, senza considerare che, visti gli importi del contributo unificato da versare per instaurare il giudizio, appare viepiù limitativo del diritto di difesa (e quindi stridente con il principio di cui all'articolo 24 della Costituzione) onerare la parte, che si assume lesa in una procedura di gara, di ricorrere al buio, rischiando di proporre un'azione infondata, ovvero, in alternativa, di desistere dall'intento di agire, per non assumere (sempre al buio) il rischio di sostenere inutilmente gli ingenti costi del giudizio, propri e delle controparti.

A tale inconveniente non ovvia infatti la regola secondo cui non è dovuto il pagamento di ulteriori somme a titolo di contributo unificato, nel caso di impugnazione dei medesimi atti con motivi aggiunti (cfr. articolo 13, comma 6-bis, del T.U. n. 115 del 2002).

In ogni caso, proprio in materi di appalti, sovengono i noti principi affermati dalla Corte di Giustizia Ue con la sentenza del 28 gennaio 2010 nella causa C 406/08, secondo cui *“il Giudice nazionale adito deve interpretare, per quanto possibile, le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso in maniera tale da garantire che detto termine decorra solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa applicabile all'aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione; e qualora le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli”*.

Tali principi sono già stati recepiti dalla giurisprudenza nazionale (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 14 dicembre 2011, n. 6543) e ad avviso del Collegio sono pienamente applicabili sia al ricorso introduttivo che a quello incidentale, in virtù della medesima *ratio* di effettività della tutela.

Tali considerazioni rendono pertanto ammissibile, oltre a quello presentato nell'ambito ricorso n. 355 del 2013, anche il ricorso incidentale presentato nell'ambito del ricorso n. 375 del 2013; ciò atteso che, anche in questo caso, il ricorso principale è stato notificato il 9 agosto 2013 e depositato il 21 agosto 2013, quello incidentale è stato notificato il 29 ottobre 2013 e depositato il 5 novembre 2013, ma nel frattempo, il medesimo ricorrente incidentale aveva presentato istanza di accesso procedimentale in data 26 agosto 2013, sulla quale l'Amministrazione si è pronunciata solo con atto del 15 ottobre 2013 del RUP, consentendo l'accesso alla sola documentazione amministrativa (anche in tal caso, per quanto riguarda l'offerta e le giustificazioni ha ritenuto *“non superabile il divieto di cui all'articolo 13 comma 2 lettere c) e c-bis) del d.lgs. n. 163 del 2006”*).

Di modo che, dalla piena conoscenza delle possibili ragioni di censura, sono decorsi anche in tal caso meno di 15 giorni.

4.1.2.- Sempre in rito, occorre esaminare l'ulteriore eccezione di genericità formulata avverso i ricorsi incidentali, in quanto proposti nei confronti di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui è stata disposta l'ammissione delle ricorrenti principali.

In realtà, è appena il caso di osservare che dalla lettura complessiva dei ricorsi incidentali le illegittimità evidenziate in essi appaiono estendersi ontologicamente proprio a tutti gli atti di gara, in quanto quelle denunciate sono violazioni di tipo omissivo, nel senso che la stazione appaltante ha illegittimamente proceduto all'esame di offerte che avrebbe dovuto invece escludere.

La formula utilizzata appare pertanto appropriata e non è fonte di incertezza, con conseguente infondatezza delle eccezioni in esame.

4.2- Entrambi i ricorsi incidentali sono fondati.

4.2.1.- Quanto a quello presentato nel ricorso n. 355 del 2013, esso in sostanza verte sulla circostanza che i due contratti di avvalimento stipulati dalla mandante sono di contenuto generico, con particolare riferimento alle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata.

Dalla lettura del contratto tra Manitalidea spa e Cofely Italia spa, si rileva che (articolo 1) la prima *“si avvale, per la partecipazione alla gara d'appalto (...) del requisito economico-finanziario e tecnico-professionale, nonché delle risorse possedute dall'impresa “ausiliaria”, che accetta e si obbliga a fornirli ed a metterli a disposizione per tutta la durata dell'appalto alla “concorrente” medesima. I requisiti e le risorse di cui trattasi sono quelle economico-finanziarie e tecnico-professionali attestati da certificati di esecuzione lavori rilasciati dagli enti committenti”*.

Nel contratto di avvalimento tra Manitalidea spa e Sarma srl, al numero 1, è dato leggere: *“la Sarma, in qualità di impresa ausiliaria (...) mette a disposizione di Manitalidea, che accetta, e dell'Azienda Usl di Pescara la propria attestazione Soa per l'esecuzione di lavori in categoria OG11 classifica IV, nonché tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione della porzione di opera oggetto della predetta categoria”*.

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che, in sede di avvalimento, non può considerarsi sufficiente un generico impegno da parte della ausiliaria di mettere a disposizione le risorse necessarie in caso di aggiudicazione, senza alcuna specifica indicazione dei mezzi, materiali ed immateriali, del personale, etc., da mettere a disposizione dell'impresa concorrente e, conseguentemente, della Stazione appaltante; e pertanto l'assenza di tali indicazioni specifiche è sufficiente a comportare l'esclusione dalla gara (cfr. Tar Catania, sentenza n. 2610 del 2013).

In casi in cui si sono utilizzate nei contratti espressioni analoghe a quelle in esame, la Giurisprudenza (cfr. TAR Campania sentenza n. 1155 del 2013) ha osservato che non può considerarsi sufficiente *“prestare”* la certificazione posseduta (Consiglio di Stato, sentenza n. 2343 del 2011), assumendo impegni assolutamente generici, giacché l'essenza, la funzione dell'istituto non è quella di arricchire sul piano meramente formale la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì di consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo effettivamente e sul piano sostanziale ai requisiti di altri soggetti (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 7592 del 2009), garantendo così realmente l'affidabilità in merito ai lavori, ai servizi o alle forniture appaltati (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 90 del 2013).

In concreto, occorre, quindi, che l'impresa ausiliaria si impegni espressamente e dettagliatamente a fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva *“prestata”*, al fine di garantire alla stazione appaltante l'effettività della messa a disposizione, in relazione all'esecuzione dell'appalto, delle sue risorse e del suo apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di capacità tecnica ed

economica (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2343 del 2011; sentenza n. 3310 del 2013; Tar Campania, Napoli, sentenza n. 4264 del 2013).

Quanto alla questione relativa all'entrata in vigore dell'articolo 88 del regolamento di cui al d.p.r. n. 207 del 2010, anche a prescindere dai rilievi della ricorrente incidentale secondo cui tale disciplina sarebbe comunque applicabile in virtù delle modifiche al bando di gara successivamente pubblicate e della conseguente riapertura dei termini per la proposizione delle domande; in ogni caso, è sufficiente richiamare la *ratio* dei rammentati principi di matrice giurisprudenziale in ordine al requisito della determinatezza del contratto di avvalimento, da cui consegue che la mera riproduzione della formula di stile della messa a disposizione delle *"risorse necessarie di cui è carente il concorrente"* (o espressioni similari) si rivela, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), comunque inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sulla effettività della messa a disposizione dei requisiti richiesti (cfr., Consiglio di Stato, sentenza n. 3310 del 2013; sentenza n. 5512 del 2012; sentenza n. 6233 del 2012).

In sostanza, la determinatezza del contenuto, nel senso indicato, attiene alla idoneità del contratto a garantire una effettiva messa a disposizione dei requisiti, e quindi tale requisito è ontologico alla sua funzione, anche a prescindere dalla specificazione contenuta nell'articolo 88 cit.

Del resto, la giurisprudenza ha già chiarito che un contratto di avvalimento generico su tali aspetti, contrasta sì con l'articolo 88 cit., ma anche direttamente con l'articolo 48 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e con l'articolo 49 d. lgs. n. 163 del 2006 (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 4510 del 2012, indicata dal ricorrente incidentale, secondo cui *"la previsione dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010, là dove enuncia la necessità che il contratto di avvalimento riporti con completezza "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico", non presenta particolari caratteristiche di innovatività, ma esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore"*; ma anche Tar Napoli, sentenza, n. 3349 del 2013, secondo cui, appunto, il contenuto generico e tautologico di contratti di avvalimento come quello in esame contrasta direttamente con l'art. 48 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e con l'art. 49 d. lgs. n. 163/2006, oltre che a maggior ragione con l'art. 88 D.P.R. n. 207/2010).

4.2.2.- Quanto al ricorso incidentale presentato nel ricorso n. 375 del 2013, dal contratto di cessione d'azienda allegato al ricorso incidentale (all.1), emerge che la ricorrente principale ha ceduto il 28 dicembre 2012 (con contratto di alienazione efficace dalle ore 24 del 31 dicembre 2012, cfr. pag. 5 articolo 11 del contratto) a Gestione Integrata srl il ramo d'azienda di natura mobiliare costituito dal complesso di beni e servizi organizzati per l'erogazione di servizi di gestione integrata di complessi immobiliari pubblici e privati, sia per quanto riguarda servizi di *property management* che per quanto riguarda servizi di *facility management* (cfr. pag. 1 del contratto); la medesima con lo stesso atto negoziale risulta aver altresì trasferito il diritto di utilizzo, a qualsiasi fine, delle qualificazioni dei lavori eseguiti da detto ramo aziendale e dei relativi fatturati sviluppati nel quinquennio 2008-2012 (cfr. pag. 4 del contratto in esame).

Sul punto, è sufficiente osservare che la Siram srl non contesta la circostanza dell'alienazione né il contenuto del contratto depositato dal consorzio CNS, limitandosi solo a rilevare che l'attestazione SOA presso il sito dell'AVCP è ancora intestata a Siram spa.

La medesima inoltre deposita una copia di stampa dal sito dell'AVCP, dalla quale risulta che l'attestazione di qualificazione in questione è stata revisionata in data 7 novembre 2013 e quindi prorogata fino al 8 novembre 2015.

Tale circostanza, meramente formale, ad avviso del Collegio non vale a privare di valenza dirimente il dato sostanziale dell'alienazione da parte della ricorrente principale del ramo d'azienda.

Nel senso che, pur se si ritiene non cedibile la certificazione SOA, valendo la previsione contrattuale come impegno tra le parti a non contestare la voltura e l'uso da parte della cessionaria, in ogni caso la cedente, sia pur per un solo segmento temporale del procedimento di gara (fino alla revisione della certificazione, avvenuta in data 7 novembre 2013), ha perso i requisiti oggettivi sui quali tale certificazione è fondata, anche se la cessionaria non aveva ancora acquisito la relativa certificazione.

Difatti, in assenza di un nuovo esame da parte della società SOA, né il cedente né il cessionario potevano valersi più della attestazione di qualificazione posseduta dall'azienda ceduta (T.A.R. Palermo sentenza n. 4646 del 2002).

In ogni caso, anche a voler valorizzare la circostanza che poi la ricorrente Siram ha riacquisito la certificazione, appare dirimente il fatto che la medesima non appare aver conservato quantomeno il requisito economico di partecipazione relativo al fatturato minimo.

A tal proposito, la giurisprudenza ha osservato che, con la cessione di un ramo di azienda si determina il subingresso del cessionario nel complesso dei rapporti attivi e passivi del cedente, tra i quali è compreso anche il possesso di titoli, referenze o requisiti specifici maturati nello svolgimento dell'attività cui il ramo ceduto era dedicato, tra cui quelli relativi al fatturato (interpretando analogicamente l'articolo 51 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2718 del 2002; Tar Lazio, sentenza n. 2973 del 2007, su ricorso n.4567 del 2007).

Nel caso di specie, l'interpretazione testuale del contratto di cessione evidenzia proprio il trasferimento del ramo d'azienda preposto all'esecuzione di servizi compresi nell'oggetto dell'appalto; ed a fronte di ciò la ricorrente non ha fornito deduzioni e prove contrarie in modo specifico e dettagliato.

In sostanza, la ricorrente doveva essere comunque esclusa per aver perso il requisito d'ordine speciale relativo al fatturato minimo (e a tal proposito la difesa della Siram si concentra soprattutto sulla vicenda della certificazione; mentre il ricorso incidentale si riferisce espressamente anche alla perdita degli altri requisiti di ordine speciale, tra cui v'è appunto quello del fatturato, di cui al punto 3.1.3 del disciplinare, cfr. pag. 4 del ricorso incidentale).

Difatti, a fronte della previsione del disciplinare di gara, che al punto 3.1.3 lett c.4) ha previsto come requisito di capacità economica e finanziaria il fatturato medio annuo degli ultimi esercizi approvati, relativo a servizi di gestione integrata e conduzione di impianti tecnologici, non inferiore a 10 milioni di euro, la ricorrente appare aver ceduto il 28 dicembre 2012 (con contratto di alienazione efficace dalle ore 24 del 31 dicembre 2012, cfr. pag. 5 articolo 11 del contratto) a Gestione Integrata srl il ramo d'azienda di natura mobiliare costituito dal complesso di beni e servizi organizzati per l'erogazione di servizi di gestione integrata di complessi immobiliari pubblici e privati, sia per quanto riguarda servizi di *property management* che per quanto riguarda servizi di *facility management* (questi ultimi attengono appunto a tutto ciò che afferisce alla gestione di edifici e loro impianti).

Da quanto precede, risulta evidente che, nel caso in esame, la ricorrente doveva essere esclusa per violazione del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 17 novembre 2012, n. 5803).

4.2.3.- L'accoglimento dei ricorsi incidentali, e quindi la caducazione degli atti che hanno ammesso e mantenuto le ricorrenti nella procedura di gara, determina l'inammissibilità per carenza di interesse dei ricorsi principali con i quali si chiede l'annullamento dell'esclusione, atteso che con i medesimi non si può comunque ottenere il risultato utile di poter continuare a partecipare alla procedura medesima.

5.- Le ragioni esposte evidenziano l'irrelevanza ai fini della decisione, e quindi degli interessi in causa, dell'acquisizione di ulteriore documentazione di gara.

6.- Le domande di risarcimento danni sono infondate, poiché le ricorrenti comunque dovevano essere escluse e quindi manca *ex ante* il requisito del danno ingiusto derivante dai provvedimenti di esclusione impugnati; ciò

senza considerare che le stesse sono generiche e sfomite di prova e quindi comunque inammissibili.

7.- Le spese possono essere compensate in ragione di motivi della decisione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa loro riunione,

accoglie i ricorsi incidentali;

dichiara inammissibili i ricorsi principali;

dichiara inammissibili e comunque infondate le domande di risarcimento danni;

rigetta le istanze ex articolo 116 cpa.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Michele Eliantonio, Presidente

Dino Nazzaro, Consigliere

Massimiliano Balloriani, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)